

TENDENCIAS ACTUALES
DEL
DERECHO PROCESAL
Constitución y Proceso

Presentación

Introducción

Tutela judicial efectiva

Cantos Escarriá Malvaré

Estado de justicia, poder judicial y tutela judicial efectiva

José Franco-Juárez

Tutela judicial de los intereses colectivos y difusos

Rafael Badell Madrid

La tutela constitucional de los intereses supraindividuales

Pablo Lora F.

Formalismos y formalidades en el proceso, con especial mención a la materia probatoria

Salvador Vassuez Rodríguez

El valor probatorio del documento electrónico

Hugo Neurucsky

Contratación electrónica

José Oribe Solano A.

La tutela anticipada en la protección de los derechos fundamentales

Rafael Ortiz-Ortiz

Procesos urgentes. Armonización de la garantía de defensa en juicio con la tutela efectiva

Audrey Paros

Las responsabilidades derivadas del fraude procesal

Israel Anguilla Lora de los

Resolución alternativa de conflictos

Hugo Chaviano

Elección de medios autocompositivos y adversariales

Andrés A. Masquini

Coordinadores
Jesús María Casal
Mariana Zerpa Morloy

TENDENCIAS ACTUALES
DEL
DERECHO PROCESAL

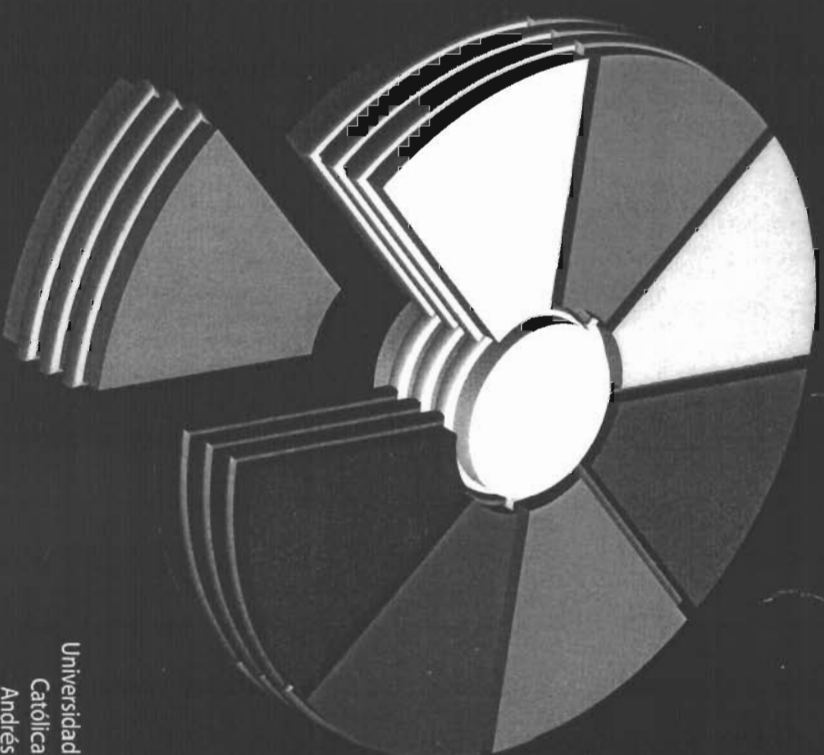
Constitución
y Proceso

2006



Coordinadores
Jesús María Casal
Mariana Zerpa Morloy

TENDENCIAS ACTUALES
DEL
DERECHO PROCESAL
Constitución y Proceso



Universidad
Católica
Andrés
Bello
Caracas, 2006



ELECCIÓN DE MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS Y ADVERSARIALES

Andrés A. Mezquarís

I. INTRODUCCIÓN

Continuamente los seres humanos enfrentamos el dilema de escoger. Por lo general, cuando tenemos que decidir, procuramos analizar las ventajas y desventajas que representan cada una de las posibles soluciones. La elección se torna especialmente complicada cuando existen más de dos posibilidades y cada una de ellas tiene sus ventajas y desventajas. Una elección acertada depende, claro está, de una adecuada evaluación, pero en especial, de que todas las alternativas, absolutamente todas, puedan ser debidamente consideradas. Eso, quizá, sea lo más difícil, pues, a veces creemos que no existen otras vías o soluciones cuando sí las hay. Es obvio que las probabilidades de elegir una alternativa poco efectiva y eficiente aumentan cuando la lista considerada no está completa. El problema, además de equivocarnos, es que al no percatarnos de la existencia de otras vías no somos capaces de comprender el verdadero impacto de esa decisión, y lo más grave es que si en el futuro nos encontramos con una situación similar, probablemente cometeremos el mismo error. De igual forma, cuando conocemos muy bien cada una de las distintas alternativas y las hemos elegido con certeza en el pasado, es muy probable, entonces, que en el futuro, frente a una situación similar, volvamos a tener éxito y resolvamos el dilema con mayor seguridad y rapidez.

En el campo de los conflictos, en el que los hechos se desarrollan en una acelerada dinámica, las elecciones de alternativas cobran particular importancia. Con bastante frecuencia las decisiones que son percibidas por el adversario como ataques, desencadenan una serie de sucesos de insospechables consecuencias. Por tanto, resulta crucial conocer la gama de alternativas disponibles y evaluar previamente, y con detenimiento cuidado, cuál de ellas, en atención a las circunstancias particulares del conflicto, resulta ser la más apropiada.

La escalada del conflicto, así como su solución oportuna a un bajo costo², muchas veces depende de las primeras decisiones y reacciones que adoptan las partes. Y en

¹ Profesor de Posgrado UCV y UCAB en Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Socio y coordinador del Departamento de Litigios de la firma Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

² No sólo nos referimos al costo económico, sino también a la inversión de tiempo y recursos humanos, y sobre todo al costo emocional.

este sentido, el abogado tiene un rol fundamental pacificador, pues a él le corresponde recomendar, e incluso *persuadir* a su cliente, sobre la solución más conveniente.³

La existencia del conflicto en sí no necesariamente es mala⁴, pues muchos adelantos y progresos de la humanidad son producto de las divergencias. Lo que sí puede tener una connotación negativa e insospechables consecuencias es el modo o manera que empleamos para solucionar un determinado conflicto⁵. En este sentido, escoger la alternativa de acudir a la vía judicial, no siempre resulta acertado. Lo más grave es que aquellos abogados que no tienen mayor formación en comunicaciones constructivas, negociación, conciliación, mediación y arbitraje; ni siquiera se percatarán de ello, pues en realidad, no tienen otra cosa más que ofrecer a sus clientes que un largo y costoso litigio.

Los abogados, en cambio, que han recibido adiestramiento en esos mecanismos, y además están preparados para litigar e, incluso, combinar algunas de esas opciones, tienen mayor conciencia de la importancia y trascendencia de esa elección y, por ende, no les resulta tan sencillo decidir. Requieren hacer primero un análisis completo del problema y conocer mayores detalles de las circunstancias que lo rodean. Saben muy bien que un correcto diagnóstico del conflicto es indispensable para alcanzar la más efectiva y eficiente solución.

A nadie, por tanto, debería extrañar que esa diferencia entre unos y otros profesionales del derecho, será rápidamente percibida por los clientes, quienes obviamente encontrarán mayores beneficios en aquellos abogados que les ofrezcan, además de la alternativa de un litigio, una gama de opciones a ser consideradas cuidadosamente en atención a las características particulares del caso. Por ello, tampoco será nada extraño observar que, los mismos litigantes que hoy se oponen al uso y desarrollo de esos mecanismos⁶, mañana comienzan a fomentarlos por el simple temor de perder clientela.

3 Esa labor muchas veces resulta limitada y superficial por la débil convicción de que ello verdaderamente forma parte del rol del abogado. Se piensa que el abogado debe persuadir a la parte contraria y no a su propio cliente. En reiteradas oportunidades hemos escuchado a colegas que cursan la materia que impartimos, tanto en el postgrado de la UCAB como en el de la UCV, manifestar su temor de "perder al cliente si no cumplen sus deseos, instrucciones o lo que creen ellos son sus expectativas". El asunto es que debemos procurar un cambio de mentalidad, pues, así como el paciente mal le puede exigir a su médico lo que éste le debe recetar, de igual manera un profesional del derecho mal puede limitarse a hacer lo que su cliente le pide, cuando por lo general, las instrucciones de este son producto, no de un adecuado diagnóstico del conflicto, sino consecuencia de una fuerte carga emocional; de un ligero y obnubilado análisis de las implicaciones, consecuencias y costos de un proceso judicial, y especialmente de un absoluto desconocimiento de las ventajas de otros mecanismos más expeditos y menos costosos.

4 Cfr. Stitt, Allan J., ob cit., p. 3

5 Mezgravis Andrés; "Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: razones para un cambio necesario", *Ámbito Jurídico*, Legis, Ccs, febrero 2002.

6 Que por mandato constitucional deben ser desarrollados y promovidos: arts. 253 y 258 de la Constitución de 1999.

Hasta ahora, y desde hace varias décadas, ha predominado en nuestro gremio la cultura de que lo *principal* es el litigio y que todos esos mecanismos son sencillamente secundarios o "alternativos", tal y como se les define, y en consecuencia se *contaponen* a los *modelos oficiales comúnmente aceptados*⁷.

Ciertamente, todos estos mecanismos, en conjunto, son definidos como medios de "Resolución Alternativa de Disputas" (RAD), mejor conocidos por sus siglas en inglés "ADR" (*Alternative Dispute Resolution*). Sin embargo, algunos autores han cuestionado la inclusión de la palabra "alternativa" en la referida denominación por dos aspectos fundamentales: 1) que el modo más primitivo de resolver las controversias no fue el judicial, sino que este, por el contrario, se constituyó en "alternativo" a los primeros métodos de resolución de conflictos; y 2) que estos mecanismos de resolución de conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que lo complementan.

A todo esto habría que agregar que la justicia estatal no debe ser vista necesariamente como la primera opción a la que los posibles usuarios deben recurrir tan pronto como surja entre ellos una controversia que, por su importancia, no están dispuestos a abandonar. La vía judicial, en *principio*, debe ser considerada como la última instancia, el último remedio procesal que debe aplicarse cuando, finalizado el diagnóstico del conflicto, se tiene certeza de la inocuidad o ineficacia de todas las vías extrajudiciales. La justicia estatal viene a ser lo que en el campo de la ciencia médica es la intervención quirúrgica. A veces es necesaria y hasta urgente, pero siempre debe representar el último recurso, la medida más extrema.

Comprender esto último implica un cambio de mentalidad y un cambio en la formación del abogado, y evidentemente que la noción de "alternativo" en la terminología empleada, en lugar de ayudar, entorpece esa finalidad, pues sugiere la errónea idea de que la opción principal es la jurisdicción y que los demás mecanismos deben emplearse en defecto de esta.

Lo cierto es que la justicia estatal, en el campo privado de los derechos disponibles, conforma, junto a otras, una alternativa adicional que tienen las partes que quieren resolver un conflicto de la manera más apropiada. De allí que algunos al referirse a esos mecanismos prefieran la denominación "Resolución de Disputas" a secas; y otros, para mantener las siglas altamente difundidas, cambien la palabra "alternativa" por "adecuada", "apropiada" u otras similares⁸.

7 Cfr. "Alternativo", *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición.

8 Cfr. Highton Elena I.; Alvarez Gladys; *Mediación para Resolver Conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1998, pp. 25 y 26. Por nuestra parte, coincidimos, en que el vocablo "alternativo" desde el punto de vista técnico y pedagógico no es el más conveniente. Sin embargo, las siglas "ADR" han sido aceptadas de manera general. Ejemplo de ello lo configura el Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) vigente a partir de julio de 2001. Por ello, a lo largo de esta exposición utilizaremos las conocidas siglas ADR sin hacer referencia al vocablo "alternativo."

II. EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS ADR

Muchos afirman que el mal funcionamiento de la administración de justicia, una compleja y profunda problemática que aflige a los distintos sistemas judiciales del mundo, es lo que justifica el desarrollo de mecanismos como la negociación, conciliación, mediación, arbitraje o sus combinaciones.

De ser cierta esa afirmación, cabría preguntarse ¿cuáles serían entonces las razones para impulsar el desarrollo de los ADR si el sistema judicial funcionara eficazmente? Forzosamente habría que concluir que los ADR serían innecesarios y hasta inconvenientes si el sistema judicial funcionara eficientemente.

Consideramos que tal afirmación no es acertada. Aun cuando el sistema judicial funcionara de manera muy eficiente, hay una extensa gama de casos que no podrían ser resueltos eficazmente por la sentencia más elocuente, dictada de manera imparcial por el jurista más reconocido, a través del procedimiento más expedito que se pueda concebir⁹. Hay circunstancias que exigen ir más allá de la mera discusión jurídica: casos en que se requiere conocer con exactitud las inquietudes e intereses que subyacen bajo las posiciones de las partes. No hacerlo impide muchas veces que el conflicto sea efectivamente resuelto o que sea resuelto de manera parcial o poco apropiada, o incluso, hay "resultados" que lejos de resolver el conflicto lo agravan. Una sentencia no siempre resuelve un conflicto, también puede ser el verdadero inicio de este¹⁰.

No debe olvidarse que los tribunales sólo pueden juzgar sobre los "derechos" o "pretensiones" en disputa, o sobre controversias relativas a si la Ley o un contrato determinado han sido violados. Los tribunales no pueden resolver sobre los intereses o inquietudes que subyacen bajo las posiciones de las partes. Un tribunal judicial, por ejemplo, no puede sentenciar que el vendedor, a cambio de preservar la relación comercial e incrementar la venta de mayores volúmenes de mercancía, debe aceptar del comprador un menor precio por unidad que el originalmente convenido; o imponerle al comprador que pague un precio mayor a cambio de una determinada rebaja en futuros contratos. Sólo las partes, de manera consensual, pueden adoptar esa clase de propuestas¹¹.

Lo anterior no excluye que haya casos en que pueda surgir la necesidad de acudir a la vía judicial. No sólo nos referimos a aquellas causas que por no ser susceptibles de transacción deben, por mandato legal, resolverse por la vía judicial, sino también,

9 Cfr. Calvano, Roque J.; Gobbi, Marcelo; Padilla Roberto E.; Negociación y Mediación. Ad-Hoc, S.R.L., Buenos Aires, 1997, p. 77.

10 Para un detenido análisis de la importancia de indagar cuáles son en realidad los intereses que subyacen bajo las posiciones de las partes, véase Fisher Roger, Ury William, y Patton Bruce; *Sí... ¡de acuerdo!* Como negociar sin ceder, Grupo Editorial Norma, 2ª Edición, p. 47 y ss.

11 En este sentido véase KHEHL Theodore W., *The Keys to Conflict Resolution, Proven Methods of Resolving Disputes Voluntarily*, Published in the United States by: Four Walls Eight Windows, 1999, p. XIII.

a aquellos supuestos en que genuinas razones de conveniencia aconsejan el uso de la vía judicial. Así, por ejemplo, el interés de obtener o hacer público un *precedente* para ser aplicado en el futuro a casos semejantes, puede ser más atractivo que el ofrecimiento de la otra parte de transar la disputa¹². También, hay situaciones en las que los métodos autocompositivos, como la negociación o la mediación, podrían resultar contraproducentes para una de las partes, al menos temporalmente, como podría ser el caso del deudor que comienza a realizar una serie de actos con el fin de simular insolvencia y así frustrar cualquier intento futuro de cobro por parte de su acreedor. Es claro que en un caso como este, una expedita medida judicial de embargo es indispensable.

Como puede observarse, la justificación del desarrollo de los ADR no puede limitarse al mal funcionamiento de la vía judicial, pues, aunque el sistema judicial funcionara eficientemente, aún así, los ADR serían necesarios para resolver ciertas causas que los tribunales judiciales no pueden resolver de manera eficiente. Igualmente, sería absurdo pretender que los ADR sustituyan a los tribunales judiciales, pues también existen causas que los ADR no pueden ni deben resolver. Una vez más, debemos señalar que ambos sistemas deben coexistir y convertirse en firmes aliados¹³.

III. CASOS QUE POR SU NATURALEZA ESCAPAN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

A continuación narraremos algunas historias de la vida real que nos ayudan a ilustrar con mayor lujo de detalles por qué ciertos casos no deben, ni pueden, ser resueltos a través de un litigio judicial.

i) La primera historia es la de un ciudadano quien se presenta ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en su solicitud de conciliación alega ser accionista de una sociedad mercantil, la cual, según él, le adeuda una enorme cantidad de dinero por concepto de dividendos. Una vez citada dicha empresa, esta manifiesta, a través de su presidente y accionista mayoritario, que reconoce el decreto de dichos dividendos, pero advierte que no está dispuesta a pagarle a dicho accionista la cantidad de dinero reclamada. Si este caso fuere sometido a un proceso judicial, nadie, en principio, dudaría de la naturaleza mercantil de esta controversia, ni tampoco podría cuestionarse que un resultado justo sería el de condenar judicialmente a la referida empresa por falta de pago de los referidos dividendos. Sin embargo, el conciliador al reunirse en privado con el referido accionista descubre que este es hijo del presidente de la compañía. Asimismo, al reunirse en privado con el presidente de la empresa, este le señala que gustosamente está dispuesto a extender por años el proceso judicial

12 Mnookin Robert H.; Peppet Scott R.; Tulumello Andrew S.; *Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2000, p. 107.

13 Mezgravis Andrés; *Resursos contra el laudo arbitral comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 13, Caracas, 1999, p. 271. Idem, "El amparo constitucional y el arbitraje", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Caracas, 1999, p. 278.

e incluso, a desacatar cualquier sentencia condenatoria que obligue a la empresa al pago de dichos dividendos. Aclara el padre que su hijo es adicto a las drogas y que de pagarle esas enormes cantidades de dinero, sólo estaría contribuyendo con su muerte. El conciliador, vistos los verdaderos intereses de las partes, los conduce hacia un acuerdo en el que el padre se compromete a entregarle dicha cantidad de dinero, una vez que el hijo culmine un tratamiento médico en el centro de rehabilitación escogido¹⁴.

Como puede observarse, de haberse sometido este caso a la justicia estatal, el conflicto probablemente se hubiese agravado, el juez sólo hubiese conocido una pequeña parte de este, y la sentencia definitiva sería incapaz de resolverlo. Es decir, que aún finalizado el juicio, el conflicto continuaría. Y, obviamente, esto nada tiene que ver con la calidad de los jueces, ya que aun los magistrados más capacitados, eruditos y probos deben limitarse a dictar una sentencia estrictamente "ajustada a derecho"¹⁵.

ii) Otro ejemplo muy ilustrativo lo configura el caso de una dama acaudalada que muere y deja a dos museos como legado una valiosa, aunque heterogénea, colección de obras de arte. La dama, aunque indicó que sería en partes iguales, no especificó en su testamento qué obras debían ser adjudicadas a cada uno de los museos. Y estos, como es de suponer, no estaban de acuerdo en el modo de hacer el reparto, pues, ambos tenían especial interés en ciertas obras.

Nadie cuestionaría que un resultado justo sería subastar la pinacoteca y repartir "en partes iguales" el producto de esa venta judicial. ¿Pero el dinero es lo que realmente le interesa a cada uno de los museos? Evidentemente que no. Si este caso fuere sometido a un proceso judicial, y las partes no logran una partición amigable, muy probablemente se haría un peritaje de cada obra para determinar su valor económico y luego fijada la cantidad líquida de toda la pinacoteca, el partidor adjudicaría en pago a cada uno de los museos "obras suficientes," hasta completar el 50% que les corresponde¹⁶. Sin duda, se trataría de una solución jurídica incuestionable, pero seguramente, ninguna de las partes quedaría satisfecha con esa partición, pues, no es en realidad la distribución económicamente proporcional lo que le interesa a cada uno de los museos, sino completar o mejorar las colecciones que posee (de obras impresionistas, neoclásicas, etc.). De manera que al recibir o no una determinada pintura, disminuye o aumenta el interés en recibir otra del mismo estilo o autor. Este es un típico caso que debería ser resuelto a través de un proceso de negociación o mediación, en el que las propias partes puedan conciliar esos intereses.

iii) Un tercer ejemplo nos ayuda a ilustrar aquellos casos en que por sus características particulares (complejidad técnica, confidencialidad, celeridad), no deben, ni pueden adecuadamente, ser resueltos a través de un litigio judicial, pero tampoco las partes

logran solucionarlos a través de la negociación o la mediación. Nos referimos al caso del arbitraje.

La historia que a continuación contaremos, que por cierto ocurre con cierta frecuencia, es la de una gran empresa líder mundial que selecciona, en un proceso de licitación, a un consorcio para que este, por un *precio fijo*, se encargue de la ingeniería, procura y construcción de una compleja obra de ingeniería. Ambas partes entienden que se debe construir una planta moderna de calidad estándar internacional, con una capacidad y características técnicas especificadas en el respectivo proceso de licitación, pero al iniciarse la obra se percatan de que no están de acuerdo con el nivel de automatización que los componentes de la planta deben tener. Como es de esperarse, el consorcio aspira a que se le reconozca un mayor precio por una obra que, a su juicio, resulta mucho más sofisticada que la originalmente solicitada; mientras que la empresa comitente, además de la existencia del precio fijo, alega que ese nivel de automatización se ajusta a la calidad esperada y convenida por las partes. Es muy usual, en este tipo de obras, que existan numerosos y complejos asuntos técnicos que analizar y una voluminosa documentación (centenares de documentos, correspondencias, planos y diagramas) emitida, incluso, en varios idiomas. Gran parte de esa documentación, además de técnica, es confidencial. Ambas partes están interesadas en una solución rápida de la controversia; la empresa comitente porque le urge que la planta comience a funcionar y el consorcio, por obvias razones económicas y de prestigio internacional.

Son varios los inconvenientes que se presentarían si este caso se intenta resolver a través de la vía judicial. En primer lugar, la confidencialidad. Ninguna de las partes está interesada en que terceros, especialmente los que representan a su competencia, tenga acceso a cierta información (comercial y técnica) del caso. Esta situación no podría evitarse en caso de acudir a los tribunales judiciales, puesto que los actos del proceso judicial son públicos¹⁷. Por otro lado, no es difícil imaginar las dificultades que tendría un tribunal judicial para resolver un caso como este. Tan sólo su complejidad y volumen ameritaría la *dedicación exclusiva* por parte del juez. Estos casos son típicamente resueltos por tres árbitros, los cuales pueden, a diferencia del juez, dedicarse por completo a la resolución del caso. Esta posibilidad no la tiene el juez, ya que por la función pública que desempeña está obligado legalmente a resolver, no uno, sino todos los casos que recibe su tribunal. A todo esto, habría que agregar la experiencia y los conocimientos especiales que debe poseer quien debe resolver esta compleja controversia¹⁸.

Adicionalmente, hay otras circunstancias relacionadas con el comercio internacional y las inversiones que determinan el uso del arbitraje. Hoy en día resulta prácticamente inaceptable que una de las partes pretenda que la otra de distinta nacionalidad se

14 Ejemplo basado en un caso de la vida real comentado por nuestro querido amigo Héctor Falla, reconocido conciliador del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien gentilmente nos permitió citar dicho caso.

15 Cfr. Caivano, ob. cit., p. 77.

16 Art. 777 y ss. del CPC y 1.680 del C. Civ. Venezolano.

logran solucionarlos a través de la negociación o la mediación. Nos referimos al caso del arbitraje.

La historia que a continuación contaremos, que por cierto ocurre con cierta frecuencia, es la de una gran empresa líder mundial que selecciona, en un proceso de licitación, a un consorcio para que este, por un *precio fijo*, se encargue de la ingeniería, procura y construcción de una compleja obra de ingeniería. Ambas partes entienden que se debe construir una planta moderna de calidad estándar internacional, con una capacidad y características técnicas especificadas en el respectivo proceso de licitación, pero al iniciarse la obra se percatan de que no están de acuerdo con el nivel de automatización que los componentes de la planta deben tener. Como es de esperarse, el consorcio aspira a que se le reconozca un mayor precio por una obra que, a su juicio, resulta mucho más sofisticada que la originalmente solicitada; mientras que la empresa comitente, además de la existencia del precio fijo, alega que ese nivel de automatización se ajusta a la calidad esperada y convenida por las partes. Es muy usual, en este tipo de obras, que existan numerosos y complejos asuntos técnicos que analizar y una voluminosa documentación (centenares de documentos, correspondencias, planos y diagramas) emitida, incluso, en varios idiomas. Gran parte de esa documentación, además de técnica, es confidencial. Ambas partes están interesadas en una solución rápida de la controversia; la empresa comitente porque le urge que la planta comience a funcionar y el consorcio, por obvias razones económicas y de prestigio internacional.

Son varios los inconvenientes que se presentarían si este caso se intenta resolver a través de la vía judicial. En primer lugar, la confidencialidad. Ninguna de las partes está interesada en que terceros, especialmente los que representan a su competencia, tenga acceso a cierta información (comercial y técnica) del caso. Esta situación no podría evitarse en caso de acudir a los tribunales judiciales, puesto que los actos del proceso judicial son públicos¹⁷. Por otro lado, no es difícil imaginar las dificultades que tendría un tribunal judicial para resolver un caso como este. Tan sólo su complejidad y volumen ameritaría la *dedicación exclusiva* por parte del juez. Estos casos son típicamente resueltos por tres árbitros, los cuales pueden, a diferencia del juez, dedicarse por completo a la resolución del caso. Esta posibilidad no la tiene el juez, ya que por la función pública que desempeña está obligado legalmente a resolver, no uno, sino todos los casos que recibe su tribunal. A todo esto, habría que agregar la experiencia y los conocimientos especiales que debe poseer quien debe resolver esta compleja controversia¹⁸.

Adicionalmente, hay otras circunstancias relacionadas con el comercio internacional y las inversiones que determinan el uso del arbitraje. Hoy en día resulta prácticamente inaceptable que una de las partes pretenda que la otra de distinta nacionalidad se

17 Conforme al art. 24 del CPC se procederá a puertas cerradas, cuando así lo determine el Tribunal por motivo de decencia pública.

18 Sin ánimo de exagerar, la situación actual del sistema judicial venezolano es tan crítica que el juez no tendría siquiera un espacio adecuado en la sede de su Tribunal para archivar tan voluminosa documentación.

someta a la jurisdicción de sus tribunales judiciales. La generalidad de los inversionistas, y no sólo nos referimos a los que invierten en Venezuela, sino a los que invierten en cualquier parte del mundo, exige la inclusión de acuerdos de arbitraje que les garanticen, además de un proceso expedito, la absoluta imparcialidad de los árbitros¹⁹.

IV. LÍMITES ESPECÍFICOS DE LOS JUECES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Por imperio de la Ley, el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados²⁰. El juez no indaga, ni es su función indagar, cuáles son los verdaderos *intereses* que subyacen bajo las posiciones de las partes. El juez debe limitarse a lo que le impone el estricto marco procesal. Escapa de sus funciones considerar necesidades, inquietudes o intereses de las partes que no hayan sido convertidos en alegados en el expediente y debidamente fundamentados en derecho. No es lícito exigirle otra cosa a los jueces, pues si estos se apartaren de ese formalismo considerado como esencial, y dieran paso a una solución más creativa que se ajuste a los verdaderos intereses de las partes, sus sentencias podrían ser impugnadas por arbitrarias o ilegales²¹.

Además, es bien conocido que en un juicio las partes, aun cuando son los sujetos principales del proceso, sólo participan de manera indirecta. Los apoderados judiciales de estas y el juez son, en realidad, los verdaderos protagonistas del litigio²². Si acaso las partes tienen algún tipo de participación directa en el proceso, dicha actividad queda enmarcada dentro de las formalidades que impone el propio procedimiento, que por su misma naturaleza impide un verdadero diálogo y el descubrimiento de dichos intereses e inquietudes. Así, por ejemplo, si se trata de unas *posiciones juradas*, que es quizás unos de los pocos actos procesales en que directamente las propias partes, y no sus apoderados, intervienen en el proceso, las preguntas que se formulan en dicho acto no son "abiertas", sino asertivas; sólo deben ser concernientes a los hechos controvertidos, y deben ser respondidas por la parte que está obligada a absolverlas, de manera directa y categórica, confesando o negando²³. De manera que es muy poco probable que en la realización de los actos procesales surja entre las partes un verdadero diálogo.

V. LA TRANSACCIÓN JUDICIAL: UNA SOLUCIÓN GENERALMENTE INEFICIENTE

La enorme inversión de recursos, tiempo y atención que exige un litigio judicial explica por qué finalmente muchos de los juicios se transan. Esas transacciones no resultarían criticables salvo por el hecho de que son típicamente ineficientes. El Profesor R. Mnookin, Director del Proyecto de Investigación de Negociación de Harvard, encuentra principalmente dos razones:

i) Se realizan más tarde que temprano, cuando la relación ya está irremediablemente dañada, y cuando ya se ha desperdiciado una gran cantidad de tiempo, dinero y recursos humanos.

ii) Las transacciones judiciales generalmente ignoran la posibilidad de encontrar acuerdos de beneficio mutuo. Se limitan a poner fin a la controversia cuando finalmente reconocen que los gastos en que han incurrido, y que seguirán incurriendo de seguir el litigio, son manifestamente irracionales²⁴.

Adicionalmente, el propio concepto de la transacción previsto en el Código Civil Venezolano exige *"recíprocas concesiones"*²⁵ lo cual, en nuestra opinión, genera la idea de que las partes deben, irremediablemente, sacrificar en cierta medida sus pretensiones, lo que a su vez conlleva a que las partes concentren todos sus esfuerzos, no en alcanzar el mejor acuerdo de beneficio mutuo posible, sino en lograr el menor número de concesiones en un simple proceso de regateo.

VI. LAS VIRTUDES DE LA NEGOCIACIÓN

Los conflictos tarde o temprano terminan por resolverse, bien sea por la violencia, el abandono de la disputa, o a través del empleo de un mecanismo civilizado. Según los expertos existen tres maneras de procurar la resolución de las disputas: i) con base en el *poder* que se tiene, ii) con base en los *derechos* que se cree tener, y iii) con base en los *intereses* que subyacen bajo las posiciones de las partes.²⁶ Aunque la imposición del poder frecuentemente alcanza doblegar al adversario más débil, y por ende, podría decirse que este enfoque es efectivo para lograr los resultados deseados, también es frecuente que el empleo abusivo del poder deteriora la respectiva relación, pues, una de las partes queda molesta, lo que a su vez, puede generar que en un futuro el conflicto reaparezca. La segunda modalidad es la adversarial, conforme a la cual un tercero neutral decide a quién corresponden los derechos en disputa. La vía judicial y el arbitraje son ejemplos de esta modalidad. La tercera forma, que más abajo comentaremos con más detalle, se concentra, no en los derechos de las partes ni en el

19 Los convenios internacionales (multilaterales y bilaterales) en materia de inversiones, consagran, además de la conciliación, el arbitraje como medio para solucionar las controversias. Cfr. Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, ratificado por Venezuela, GO N° 35.685 del 3-4-95.

20 Art. 12 CPC.

21 Cfr. Caivano, Gobbi y Padilla ob. cit., p. 78.

22 *Ibidem*.

23 Cfr. Art 410 y 414 del CPC.

24 Cfr. Mnookin... ob. cit., p. 108

25 Establece el artículo 1.713 del Código Civil que "la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

26 Cfr. URY William, Brett Jeanne and Goldberg Stephen; *Getting Disputes Resolved*, Jossey-Bass Inc., 1988, citado por Stitt Allan J., *Alternative Dispute Resolution for Organizations: how to design a system for effective conflict resolution*, John Wiley & Sons Canada, LTD, Canada 1998, p. 84.

poder sino en los intereses, inquietudes, necesidades, metas, etc., que subyacen bajo las posiciones de las partes. La negociación, la conciliación o mediación son ejemplos de esta tercera modalidad

Es indudable que en la mayoría de los casos resulta conveniente explorar en primer término la posibilidad de la negociación como uno de los mecanismos menos onerosos y expeditos para la solución de las controversias. Los abogados, en su gran mayoría, consideran que por el simple hecho de procurar o lograr una transacción con la otra parte, son negociadores. Esta afirmación suele ser cierta pero la cuestión es: ¿negociaban apropiadamente? Tal y como señala el Profesor Howard Raiffa, pionero en el desarrollo de los primeros cursos de negociación, "muchos conflictos podrían ser solucionados en forma más eficiente si los negociadores fueran más habilidosos".

En los últimos años son muchos los avances que se han logrado en técnicas de negociación, materia que ya comienza a ser común, tanto en el plano académico como empresarial. A finales de la década de los 70 y comienzos de los años 80, la Universidad de Harvard, y muy especialmente el Profesor Roger Fisher junto a William Ury, y otros profesores de la Escuela de leyes de dicha Universidad, logran sistematizar un método de negociación según principios que pueden ser aplicados a cualquier tipo de negociación. Si bien cada negociación es diferente, nos aclaran los referidos profesores que los elementos básicos no cambian²⁷. Este método, de obligatoria referencia en cualquier texto de negociación moderno, sugiere tener en cuenta siete elementos: i) separar las personas y el problema, ii) tener muy en cuenta que bajo la contraposición de posiciones o pretensiones subyace una multiplicidad de intereses que no necesariamente están en contradicción, iii) que se deben generar opciones creativas de mutuo beneficio, iv) realizar la selección de la mejor opción con base a criterios legítimos u objetivos, v) utilizar una conversación constructiva, vi) el acuerdo que se alcance debe ser realista y funcional, y vii) se debe negociar teniendo muy presente cuál es la mejor alternativa que se tiene si no es exitosa la negociación.

En muchas ocasiones se piensa que como el conflicto versa sobre un objeto o derecho determinado que ambas partes reclaman para sí, no hay forma de resolverlo sin que una de ellas gane y la otra pierda. La lógica parecería indicar que frente a dos posiciones antagónicas, no es posible que cada una de las partes obtenga el 100% de sus pretensiones. Por consiguiente, se concluye que si no se quiere hacer concesión alguna y se quiere alcanzar el 100% de lo que se disputa, se debe entonces resolver la controversia en el ámbito judicial o a través de otro mecanismo adversarial como el arbitraje, pues, una transacción implica necesariamente recíprocas concesiones, de modo que ninguna de las partes obtendría el 100% de sus aspiraciones.

En este sentido, el ejemplo clásico de la naranja utilizado en los cursos de negociación de la Universidad de Harvard, nos ayuda a desvirtuar ese mito²⁸: dos niños hermanos se disputan la única naranja existente en la casa y al no ponerse de acuerdo, se inicia una acalorada discusión. La madre al escuchar la disputa se acerca y como no encuentra argumentos que claramente le den la razón a alguno de los niños, resuelve equitativamente cortar la naranja en dos, obteniendo cada niño una mitad. Ciertamente, de esta manera, la madre pone fin al conflicto imponiendo a cada uno de los niños recíprocas concesiones y reduciendo sus respectivas pretensiones al 50%. Se piensa así que fuera de este modo típico de transacción, sólo a través del empleo de un mecanismo adversarial, como podría ser el ámbito judicial o un arbitraje, es que alguna de las partes podría obtener el 100% de sus pretensiones. Se cree que sólo, luego de derrotar al adversario, demostrando en el respectivo proceso la prioridad en la tenencia de la cosa, o un mejor derecho sobre esta, es que se podría alcanzar el 100% de lo que se demanda.

Sin embargo, si la madre en lugar de proceder a cortar la naranja, interroga a cada uno de los niños para indagar cuáles en realidad son los intereses que subyacen bajo sus posiciones, específicamente preguntándoles ¿para qué quieren la naranja? se podría sorprender al averiguar que uno de ellos la quiere para extraer de ella el jugo, y el otro la quiere para jugar con las cáscaras. Nótese que al descubrirse estos intereses disímiles, se podría satisfacer en un 100% las pretensiones de ambos niños sin ningún tipo de desperdicio.

Esta mecánica no sólo funciona en peleas de niños o ejemplos de laboratorio. Ha sido empleada con éxito en algunos de los más trascendentales conflictos tanto en países de Suramérica, como en el Medio Oriente²⁹.

Por nuestra parte, también hemos constatado que el empleo de este método puede ofrecer excelentes resultados en casos, incluso, donde la alternativa judicial luce como la única solución posible. Permitásenos exponer brevemente un caso de la vida real: un cliente acude a nuestra firma de abogados para solicitar el cobro judicial de unas letras de cambio aceptadas por un deudor que alega tener problemas de

27 Cfr. Fisher Roger; Ury William, y Patton Bruce; Si... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, ob. cit., p. XIX.

28 "Si bien es cierto -y corresponde reconocer con justicia- que el 'ejemplo de la naranja' ha sido difundido en especial a través de los Seminarios de Negociación de la Universidad de Harvard, no es menos cierto que existen opiniones encontradas sobre su autoría. El ejemplo es citado por Fisher, *Ury* en el libro *57 de Acuerdos...* (primera edición, 1981, p. 67) como el caso de los 'famosos chicos (*promothial kids*) que peleaban por una naranja'. Desde antes de esa fecha, existe un caso práctico llamado 'The Ugly Orange Case' elaborado en 1973 por Robert J. House, que utiliza la misma imagen de la naranja para resolver un conflicto de salud pública. Otros lo adjudican a *Mary Parker Follet*, quien fue pionera de estas ideas a comienzos del siglo. Puede verse además, *Experiences in Management and Organization Bahavior* compilado por D. T. Hall, D. D. Bowen, Roy J. Lewicki y F. S. Hall, segunda edición, Nueva York, ed. John Wiley and Sons, 1982 (130-13) citado también en A. Manual for Group Facilitators publicado por el Center for Conflict Resolution. También Padilla, Roberto E.: "Un cambio de mentalidad: negociación y solución de conflictos", diario *La Nación*, 14 de julio de 1993, p. 7," citado por Cavaño; Gobbi y Padilla ob cit, Nota N° 92, p. 83.

29 Cfr. <http://www.pon.harvard.edu/research/projects/imp.php3>. Un ejemplo significativo es el caso del problema limítrofe entre Perú y Ecuador.

liquidez y frente al cual las gestiones de cobro han resultado infructuosas. Como es de suponer, el acreedor aspira recibir las correspondientes cantidades de dinero. Sin embargo, el resultado, luego de una negociación empleando el referido método, fue el de que nuestro cliente, en lugar de recibir cantidad alguna de dinero, le pagó al deudor cierto monto. Sí, nuestro cliente que era el acreedor le terminó pagando al deudor. No se sorprendan, también nuestro cliente satisfizo sus intereses. En efecto, procedimos a citar al deudor a una reunión con el fin de explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso, y este nos manifestó que estaba dispuesto a honrar su deuda y conservar su buen nombre en el mercado, pero que requiera de un lapso no menor a 8 meses para pagar la deuda; que estaba dispuesto a constituir hipoteca mobiliaria sobre una aeronave cuyo precio superaba con creces el valor de la deuda. Posteriormente, nuestro cliente nos manifestó que aceptaba esa garantía y que estaba dispuesto a aceptar un lapso máximo de 6 meses si se estipulaban intereses a la tasa activa bancaria. En esta misma conversación también percibimos que nuestro cliente conocía de aviones y que, en cierto modo, estaba interesado en adquirir una aeronave de similares características para su uso particular. Fue en ese instante en que le preguntamos si estaba dispuesto a comprar la referida aeronave y a compensar gran parte del precio con la acreencia. La respuesta fue afirmativa. A su vez, el deudor que tenía problemas de liquidez y que obviamente le interesaba recibir dinero, conservar su buen nombre y ahorrarse costos judiciales, aceptó inmediatamente esta opción. En un plazo que no excedió un par de semanas, se formalizó esta operación y se canceló la deuda, que en la vía judicial, con toda seguridad, cualquier resultado habría superado el año, y de haberse suscrito el mencionado convenio de pago, en ningún caso habría sido recibido en menos de 6 meses, sin considerar el riesgo de que vencido el plazo el deudor aún no pudiera pagar la deuda. En definitiva, nuestro cliente obtuvo por un buen precio una muy buena aeronave, se ahorró cuantiosos costos judiciales, tiempo y energía, y además, conservó la posibilidad de que en un futuro ambas partes puedan volver a tener relaciones comerciales. Si bien algunos pudieran decir que en un caso como este el único perjudicado fue el abogado que dejó de percibir los honorarios profesionales de un juicio de una cuantía considerable, debemos manifestar que previamente habíamos acordado un porcentaje justo en caso de que se lograra un acuerdo extrajudicial, y por otra parte, con dicho resultado, consolidamos aún más la relación con nuestro cliente, el cual ahora nos consulta con mayor frecuencia.

Como puede observarse, hay casos que a primera vista no parecerían tener otra solución posible que la judicial, sobre todo, cuando el cliente nos manifiesta que ya ha agotado la fase de negociación. Sin embargo, la contraposición de intereses generales, no impide la posibilidad de un acuerdo. Al concentrarnos en detectar los diversos intereses específicos y realmente primordiales, que subyacen bajo las posiciones de las partes, podemos encontrar opciones que permiten elaborar un acuerdo satisfactorio, eficiente, efectivo y de beneficio mutuo.

Por otra parte, hay una gran cantidad de conflictos que se producen por malos entendidos y no por verdaderos desacuerdos. En otras palabras, hay conflictos que

se producen por una mala comunicación y que pueden ser resueltos empleando las técnicas para enfrentar conversaciones difíciles³⁰.

VII. LA INADECUADA FORMACIÓN DEL ABOGADO

Hasta hace menos de una década, la mayoría de las escuelas de Derecho del mundo se concentraban en cómo investigar, analizar y aplicar el derecho sustantivo, y muy especialmente en la forma de conducir los distintos procedimientos judiciales. La formación del abogado estaba, y todavía está en nuestro país, orientada a aceptar el litigio como el mecanismo natural o común para resolver los problemas de los clientes. No a enseñarles a los alumnos las fortalezas y debilidades del litigio como uno más de los distintos mecanismos de resolución de disputas³¹.

En virtud de ello el abogado ha ido perdiendo su rol de pacificador y consejero profesional imprescindible en materia de conflictos para convertirse en un agresivo e implacable litigante, hoy en día otras carreras universitarias intentan llenar ese vacío. Nos guste o no, los abogados ya no somos los únicos asesores en materia de conflictos. No es extraño encontrarnos con psicólogos, economistas e ingenieros, que se han adiestrado como mediadores; incluso, muchos ingenieros también son árbitros³².

Y es que esa misma dinámica del proceso judicial, en el que sólo habrá un ganador y en consecuencia un perdedor, conlleva generalmente a que la polarización de las posiciones de las partes se intensifique al desarrollarse el proceso judicial, y al menos por un tiempo considerable, se alejen de la posibilidad de celebrar un acuerdo de beneficio mutuo. Rara vez en Venezuela el inicio de un litigio judicial propicia un rápido y adecuado acuerdo. La misma conciencia de que el proceso puede demorar fácilmente varios años antes de llegar a una decisión definitivamente firme, aleja esa

30 Estas técnicas han sido desarrolladas por un grupo de profesores que también forman parte del Proyecto de Negociación de Harvard. Cfr. Stone Douglas, Patton Bruce, Heen Sheila: *Difficult Conversations, How to discuss what matters most*. Edit. Viking, NY, 1999. También en español: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Edit. Norma, Bogotá 2002. Una estrategia un tanto distinta puede verse en: Stichel David: *When talking makes things worse*, Edit. Whithall & Nolton, 1999. Señala este profesor de la Universidad de Berkeley, California, que a menudo el problema no es una comunicación deficiente, sino un verdadero desacuerdo, de modo que si sigue intentando comprender mejor al otro, no se resolverá el problema, y en cambio, puede agravarse. Propone un sistema de negociación que si bien en su nomenclatura es distinta a la del Proyecto de Harvard, y a veces da la impresión de criticarlo, en el fondo, y aunque en el autor no lo reconoce, nos parece que tiene muchas similitudes. Por nuestra parte, si bien compartimos que a veces una buena comunicación no basta para superar un verdadero desacuerdo, no menos cierto es que muchos conflictos se originan o se agravan por una mala comunicación. Además, la estrategia de negociación que propone este autor para superar los verdaderos desacuerdos, requiere, en definitiva, de una comunicación constructiva. La referida obra, también está disponible en español: *Cuando hablar empeora las cosas. Estrategias para superar los problemas de comunicación*. Edit. Urano, 2002.

31 Murray, John S., Rau, Alan S., And Sherman, Edward F.; ob. cit.: *Process of Dispute Resolution: the role of lawyers*, The Foundation Press, Nueva York, 1996, p. 1.

32 Conforme al ordenamiento jurídico venezolano, sólo podrían ser árbitros de equidad (art. 619 del CPC). En contra Otis Rodner James: "La anulación del laudo arbitral", Libro Estudio de Derecho Procesal Civil, Homenaje a Humberto Cuenca, Colección Libros Homenajes N° 6, TSJ, p. 871.

posibilidad. Salvo que una de las partes logre practicar una efectiva medida cautelar, el litigio genera en las partes un intenso deseo de demostrar fortalezas jurídicas y evidenciar las debilidades del adversario, incluso, para "lograr en el mediano plazo una mejor posición negociadora". Esa dinámica, en muchas ocasiones culmina favoreciendo la escalada del conflicto y también la *persistencia irracional* de continuarlo, pues, los grandes esfuerzos y recursos ya invertidos así parecen "justificarlo". Es ese intenso agotamiento y el pasar de los años el que finalmente hace abandonar a las partes sus posiciones originales y hasta el propio litigio. En el mejor de los casos, se producen las ineficientes transacciones judiciales antes mencionadas³³.

No es motivo de sorpresa que los abogados formados con una visión meramente procesalista, cuando tienen contacto con algún mecanismo distinto al judicial, tienen la tendencia de interpretarlo desde la óptica del litigio; esperan encontrar en dicho mecanismo un espejo del proceso judicial³⁴. Esta actitud, lamentablemente, también la observamos en abogados, que sin tener una completa y arraigada formación en ADR, asumen el rol de árbitros y pretenden conducir el correspondiente arbitraje, no conforme al reglamento del respectivo Centro ni a los principios inherentes a esta materia, sino conforme a las normas ordinarias y principios del Código de Procedimiento Civil. El resultado es que ese tipo de árbitros le hace un flaco favor al desarrollo del arbitraje.

Por otra parte, para los abogados, todo conflicto demanda dos tareas principales: la determinación del derecho sustantivo aplicable a los hechos del caso y la elección de un proceso de resolución que brinde al cliente mayores posibilidades de obtener un tratamiento y un resultado justos³⁵.

En este sentido resulta muy interesante la historia que cuenta el mundialmente reconocido experto en negociación William Ury de una visita que le hizo su tío en la Universidad de Harvard:

¿Sabes una cosa Bill? Tardé 25 años en desaprender lo que aprendí en la Facultad de Derecho de Harvard. Porque lo que aprendí en esa Facultad es que todo lo que cuenta en la vida son *los hechos*: quien tiene la razón y quien está equivocado. Tardé veinticinco años en aprender que tan importantes como los hechos –si no más importantes– son las percepciones que tiene la gente de esos hechos. Si uno no entiende la idea que se forma la gente de las cosas, nunca tendrá éxito para negociar o para zanjar disputas³⁶.

Desafortunadamente, analizar los distintos mecanismos de resolución de controversias, la posibilidad del litigio inclusive, en función de las características particulares del caso, y realizar una selección consciente y apropiada de alguno de

ellos, no forma parte todavía de los hábitos arraigados en el ejercicio diario de la profesión³⁷.

En un reporte emitido por el profesor Derek Bok dirigido a Harvard Overseers, y reseñado en 1998 por los profesores Riskin y Westbrook de la Universidad de Missouri-Columbia, se hace un llamado a un cambio de rumbo en la enseñanza del Derecho. Se describe cómo el abogado es formado para el "combate legal", en lugar de ser adiestrado en las civilizadas artes de la reconciliación y la autocomposición³⁸.

Indudablemente que el abogado del siglo XXI enfrenta un nuevo reto. No basta con que los profesionales del derecho sepan litigar y sortear audazmente toda clase de incidencias y obstáculos procesales. Es indispensable que el abogado moderno tenga, adicionalmente, adiestramiento en comunicación, negociación, mediación, arbitraje, y en mecanismos de resolución de conflictos que resulten de la combinación de éstos. Y aún así, su formación no sería completa si al final el abogado no está en capacidad de diagnosticar la verdadera naturaleza del conflicto que se le consulta, en capacidad de seleccionar, entre las distintas vías, la más apropiada para su resolución, y lo que es aún más importante, en capacidad de persuadir a su cliente respecto de que esa, y no otra, es la elección más acertada.

VIII. ALGUNAS REFERENCIAS PARA LA SELECCIÓN DEL MECANISMO MÁS APROPIADO

A continuación, exponдемos una serie de lineamientos y orientaciones que pueden facilitar la difícil tarea de seleccionar el mecanismo apropiado para solucionar un determinado conflicto. En opinión de los profesores Riskin y Westbrook, esto es un asunto de extraordinaria complejidad³⁹. Cada situación tiene sus características particulares y aun siendo semejantes las controversias, cada sujeto, cliente, contraparte, abogado, y tercero involucrados en una disputa puede, en atención a sus distintas personalidades e intereses, influir de una manera diferente.

De allí, que resulte utópico generar referencias o lineamientos de carácter absoluto o taxativo. He aquí uno de los más grandes desafíos de los profesionales involucrados en la gestión de conflictos: seleccionar el mecanismo más apropiado en atención a esas características particulares muchas veces ocultas.

Seguramente el típico abogado litigante, le dará muy poca importancia a la verdadera naturaleza del conflicto, a los detalles de cómo surgió, y cuando, por qué o para qué se decidió contratar los servicios profesionales de un abogado. El abogado tradicional atribuye a la controversia la "naturaleza legal" que más se aproxima a los hechos narrados por el cliente. El interrogatorio y peticiones del abogado al cliente

33 Ver supra N° V.

34 En este sentido, Murray, John S., Rau, Alan S., and Sherman, Edward F.; ob cit., p. 50.

35 Cfr. Murray, John S., Rau, Alan S., and Sherman, Edward F.; ob cit., p. 1. Asimismo, Caivano, Gobbi y Padilla ob cit., p. 85.

36 Ury William; *Supere el No, cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, Gestión 2000, Barcelona 2000, p. 34.

37 En este sentido, Murray, John S., Rau, Alan S., and Sherman, Edward F.; ob cit., p. 49.

38 Riskin Leonard L., Westbrook James E.; "Dispute Resolution and Lawyers", Abridged Edition, Second Edition, West Group, St. Paul, Minn, 1998, p. 9.

39 Cfr. Riskin Leonard L., Westbrook James E.; ob cit., p. 9

están dirigidos a obtener los hechos que tienen "relevancia jurídica". Se desecha una gran cantidad de información valiosa. Se ignora así que un conflicto humano recorre una larga ruta y sufre una compleja transformación antes de llegar al escritorio del abogado⁴⁰.

Es por ello que en primer lugar sugerimos hacer un adecuado diagnóstico del conflicto, recordando que en muchas ocasiones tiene una naturaleza distinta a la que superficialmente se percibe. No olvidemos el clásico ejemplo: la disputa por una naranja (interés general de ambas partes) puede ser en realidad porque una de las partes quiere las cáscaras y la otra el jugo (supra Nº VI). Un problema de pago de dividendos (interés general de ambas partes) puede ser en realidad un problema entre padre e hijo por el consumo de drogas (supra Nº III, i).

Hecha esta advertencia, y partiendo de la idea de que lo principal es hacer una adecuado diagnóstico del caso, pasaremos de inmediato a enunciar, siguiendo la clasificación sugerida por Caivano, Gobbi y Padilla⁴¹, aunque con otro orden de preferencia, algunas pautas que nos pueden orientar a la hora de seleccionar, entre los distintos mecanismos, cuál es el más apropiado para resolver una determinada controversia.

A) Medios autocompensivos

En términos generales, frente al nacimiento de un conflicto debería en primera instancia agotarse lo que nosotros calificamos como "comunicación constructiva". Si no se trata de un malentendido, sino de un verdadero desacuerdo, debería intentarse entonces la negociación. Los clientes generalmente creen haber agotado esta etapa y no siempre es cierto.

Por otra parte, cuando se ha estancado el proceso de negociación, cuando hay una alta carga emocional y la comunicación se ha vuelto agresiva, difícil o compleja, cuando hay que profundizar en los intereses, opciones, realizar tormentas de ideas, determinar criterios o referencias objetivas, cuando las partes temen revelar sus cifras antes que su adversario, etc., luce recomendable la conciliación o mediación.

Más concretamente, se recomienda utilizar medios autocompensivos como la comunicación constructiva, la negociación, la conciliación o mediación cuando:

1. Hay interés en conservar la relación

Algunas veces las disputas ocurren entre personas que no tiene vínculo alguno y que luego de resuelta jamás volverán a tratarse. Por ejemplo la controversia que se origina por un accidente de tránsito, o la disputa que surge por la estimación de la indemnización por la terminación anticipada de un contrato. En estos casos, las partes

están más preocupadas por la resolución de la controversia en sí, que por construir una relación que nunca ha existido o por reconstruir una que ya se ha acabado.

Sin embargo, la situación más común es que, no sólo es importante solucionar un problema sino también preservar todo lo que se pueda de una relación que es útil, conveniente o, al menos, inevitable. Por ejemplo, los conflictos que surgen entre dos miembros de un consorcio, o entre los accionistas o socios de una compañía; los que se derivan entre ex-cónyuges por la pensión alimentaria del menor hijo; los que resultan entre los herederos, los que resultan entre un comerciante mayorista y los minoristas, entre vecinos que necesariamente tendrán que seguir "conviviendo" en algún sentido, etc.

En fin existe una gran gama de casos en los que resulta conveniente preservar o rescatar la relación, especialmente si se aparta el orgullo o la carga emocional que muy probablemente exista y que impulsivamente niega ese deseo y realidad. En este sentido, la negociación y la mediación, configuran mecanismos apropiados para resolver esta clase de conflictos, o al menos para obtener una gestión adecuada de estos, ya que, a diferencia del litigio en donde las posiciones se tienden a radicalizar, permiten a las partes expresar sus frustraciones y sirven de catarsis. Asimismo, al conocer las partes información que al momento de surgir el conflicto no conocían, al tener más detalles de las percepciones de la otra parte, mejora la capacidad de comprender y tolerar las diferencias existentes, evitándose así una espiral de agresiones recíprocas y una escalada que pudiera conducir a las partes a ejercer acciones penales, inclusive, a la violencia física, ruina y destrucción total⁴².

Indudablemente que los mecanismos autocompensivos son los más gratificantes, pues, cuando resultan exitosos, se restablece una relación que tenía el riesgo de extinguirse, ambas partes quedan satisfechas, no hay perdedores, y en definitiva se ha contribuido con la paz social.

2. Se trata de una solución jurídica discutible

Como sabemos, no es extraño en el campo del Derecho encontramos con materias en las que la propia doctrina tiene opiniones divididas, o sobre las que la jurisprudencia ha tenido una postura vacilante. Igualmente, son muy comunes los asuntos, actos, normas legales, contratos y conductas, ambiguos de difícil interpretación. En estos casos, en los que cabe un amplio margen para la interpretación de los jueces o árbitros, la negociación o la mediación resultan aconsejables, puesto que una solución adversarial, cuyo resultado será "todo o nada", sería para las partes, tanto como dejar al azar la suerte de sus derechos.

42 Cfr. Stitt Allan J., *Alternative Dispute Resolution for Organizations: how to design a system for effective conflict resolution*, John Wiley & Sons Canada, LTD, Canada 1998, pp. 12, 66 y 67. En este mismo sentido, Caivano, Gobbi y Padilla ob. cit., p. 89, quienes además de reseñar bibliografía referente a las consecuencias negativas de las disputas familiares no resueltas, también citan un ejemplo cinematográfico muy ilustrativo: La película "La guerra de los Roses", en la que la pareja que se divorcia termina colgada de una enorme lámpara del inmueble que se disputan, la cual finalmente se desploma.

40 Al respecto véase Murray, John S., Rau, Alan S., and Sherman, Edward F.; ob. cit., p. 2.
41 Cfr. Caivano, Gobbi y Padilla ob. cit., p. 86 y ss.

3. Se trata de una solución jurídica clara pero se trata de un conflicto policéntrico

Los conflictos policéntricos son aquellos conflictos que presentan múltiples situaciones de tensión, cada una de las cuales influye en la otra de manera interdependiente. Los intereses varían según el efecto que se produzca en alguno de los elementos que conforman el objeto del conflicto. El ejemplo más conocido de conflicto policéntrico es el del legado que deja la dama acaudalada a los museos, ejemplo que ya comentamos previamente (supra Nº III, ij)⁴³.

4. Es necesaria la confidencialidad

El hecho de que no haya terceros presentes en la negociación, y el carácter confidencial de la mediación o conciliación, determinan la conveniencia de sus usos cuando la publicidad de un reclamo, la celebración de una transacción, o el conocimiento público de una sentencia, puedan causar inconvenientes a las partes. La confidencialidad no solamente resulta valiosa cuando está en juego la vida privada o el honor de las personas, sino también en el ámbito de los negocios, donde son muy frecuentes las patentes, los secretos industriales o comerciales; donde muchas veces un reclamo, transacción o un precedente jurisprudencial, pueden acarrear serias consecuencias. Por ejemplo, a los integrantes de un consorcio no les debe interesar que el comitente de la obra se entere que tienen serias diferencias por el modo de ejecutar la obra, o que los restantes sub-contratistas de esa obra se enteren de la existencia de un reclamo interpuesto por uno de ellos contra el consorcio. Mucho menos le interesa a los comerciantes en general que su competencia esté enterada de las dificultades que atraviesan o los reclamos que enfrentan⁴⁴.

5. Es indispensable la celeridad

Algunas disputas requieren ser resueltas muy rápidamente o de lo contrario se podrían generar daños cuantiosos e irreparables. Tal sería el caso de la disputa por la mercancía perecedera que está a punto de arribar al puerto de destino, o la disputa relacionada con una campaña publicitaria que debe comenzar en las próximas horas, o el conflicto que surge entre un jugador profesional y su equipo en pleno comienzo de la temporada. Un par de reuniones de negociación o audiencias de mediación pueden resultar suficientes para resolver conflictos que en sede judicial tardarían años, y que en sede arbitral, salvo procedimientos arbitrales especiales, tardaría varios meses.

43 Extratido de la obra de Carvazo: Gobbi y Padilla, p. 87.

44 Cfr. Stitt Allan J., ob. cit., pp. 68-69. En este sentido, el Reglamento de Conciliación del CEDCA, establece que: "Ninguna de las partes podrá invocar en ningún proceso, ya sea arbitral o judicial, o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisiones de hechos u ofertas de avenencia, realizadas por la otra parte en el proceso de conciliación, ni las consideraciones o recomendaciones propuestas por el conciliador, puesto que todas tienen estricto carácter confidencial". Art. 1.5, p. 27 del Reglamento. Cfr. www.cedca.org.ve

6. Las costas podrían resultar excesivas

Una de las principales ventajas de la negociación y de la mediación, si se les compara con cualesquiera otros mecanismos, son sus costos. Debe tenerse presente que en el mundo de los negocios, por "costo", no solamente se entiende el dinero que efectivamente debe erogarse por concepto de honorarios profesionales y gastos, sino también la gran cantidad de recursos humanos y administrativos que deben emplearse para el debido seguimiento o apoyo de las labores de los abogados, expertos, testigos, etc., o para la debida comunicación con los accionistas, fadores, financieristas etc., de la empresa, que frente a un litigio exigen estar plena y continuamente informados. El tiempo y energías que se dejan de dedicar al objeto del negocio y que consumen estas tareas son considerables, sin contar el daño financiero que acarrear las previsiones contables que deben hacerse en los balances de las empresas cuando son demandadas o reconvenidas.

La negociación directa, desde todo punto de vista, pudiera configurar un ahorro significativo. Asimismo, la mediación representa unos costos bastante atractivos, sobre todo si los honorarios profesionales del mediador se estipulan en función del tiempo que invierta en el caso, y no en función de un porcentaje del monto de la controversia o del eventual acuerdo⁴⁵. El costo de una mediación que no resulte exitosa, representará una mínima parte del gasto que exigirá la resolución del conflicto, y una mínima inversión de tiempo. Normalmente, un par de audiencias, como antes indicamos, son suficientes para resolver el conflicto, o al menos, para que las partes sepan si es conveniente o no continuar con el proceso conciliatorio.

7. Hay la necesidad de atender pautas culturales específicas

Cuando el sistema judicial está gobernado por jueces que se fundan en pautas culturales, leyes o políticas ajenas a un determinado grupo, entonces a este le resultará conveniente gestionar las disputas internamente, para que puedan tenerse en cuenta ciertos valores que los tribunales no recogerían. "Aquí puede encontrarse, históricamente, el origen de la aplicación sistemática de la mediación, que tuvo siempre la nota de espontaneidad. Las minorías quisieron administrar y resolver sus disputas de acuerdo con sus propias pautas culturales"⁴⁶.

8. Materia altamente compleja o especializada

A veces la materia del conflicto es muy compleja, técnica o requiere para su cabal entendimiento y debida gestión, conocimientos altamente especializados. Delegar, en casos como estos, la solución a terceros, conlleva un alto riesgo de que el asunto, simplemente, no sea comprendido por quien debe dirimirlo. Salvo en el caso de un arbitraje en el que el tribunal arbitral elegido esté precisamente constituido por

45 Al respecto, resulta completamente inconveniente la tarifa fijada en el Reglamento del Centro de la Cámara de Comercio de Caracas del 23 de febrero de 2000. En cambio, están en concordancia con este principio el Reglamento del CEDCA del 2000, y también el Reglamento ADR de la CCI del 1 de julio de 2001.

46 Carvazo; Gobbi y Padilla, p. 89.

expertos en el tema, lo más recomendable en caso de conflictos de esta especie, es que las partes sean las propias dueñas de la decisión. Tanto en la negociación como en la mediación, las partes retienen ese absoluto control. Y si al final no logran alcanzar un acuerdo que resuelva totalmente el conflicto, tendrían oportunidad de convenir, dentro de ese mismo proceso de negociación o mediación, las pautas del arbitraje que les conviene.

B. Mecanismos adjudicativos o adversariales

El arbitraje y el sistema judicial comparten la característica de ser adversariales y adjudicativos. El rol fundamental del tercero neutral que interviene en estos procesos, bien se llame árbitro o juez, no es el de contribuir con las partes para que estas logren un acuerdo que termine con el conflicto⁴⁷, sino que su principal función es la de imponerles la solución a las partes, mediante un laudo arbitral o sentencia judicial respectivamente.

i) Vía judicial

Existe una cantidad importante de materias que no son susceptibles de transacción y por ende mal pueden ser objeto de algún ADR. Todas esas materias configuran por excelencia las causas que deben ser ventiladas por los órganos judiciales. Adicionalmente, ya antes indicamos (*supra*) que existen supuestos en que genuinas razones de conveniencia aconsejan el uso de la vía judicial. Sin embargo, no es prudente hacer generalizaciones, y mucho menos dejarnos guiar por las simples apariencias. Es recomendable hacer en cada caso un profundo análisis. La presencia de algunos factores como los que a continuación describimos, sugieren el uso de la vía judicial, pero deben ser considerados como lo que son: meras referencias. Además, la sola presencia de uno de estos factores podría no ser suficiente. Hechas estas advertencias, pasamos entonces a indicar concretamente cuándo es aconsejable el uso de la vía judicial, aparte de su uso en materias en las que no cabe transacción.

1. Necesidad de un precedente

Hay situaciones en que una de las partes le puede interesar que un tribunal estatal dicte una decisión que pueda ser conocida por todos y que sirva de precedente, de ejemplo o incluso de defensa o escarmiento, para casos similares. También una de las partes puede estar interesada en que se modifique la jurisprudencia imperante hasta ese momento. Esa finalidad no se lograría con la negociación, con la conciliación o mediación, ni siquiera con el arbitraje, habida cuenta del carácter confidencialidad de esos procesos y su naturaleza esencialmente privada. Un ejemplo ilustrativo de esto podría ser la demanda judicial de nulidad contra cierto tipo de crédito bancario o contra cierta forma de cobrar intereses por parte de la banca. Los deudores estarían interesados en un precedente, en un caso piloto, para renegociar todos los créditos

⁴⁷ Aunque conforme a la Ley, los jueces pueden, en cualquier grado y estado de la causa, excitar a las partes a la conciliación (Art. 257 CPC).

semejantes, o bien para ejercer la misma acción judicial, la cual como antes hemos apuntado, tiene sus costos⁴⁸.

2. Hay Dolo o Fraude involucrados

Cuando uno de las partes ha actuado con dolo y fraude resulta difícil, molesto y a veces hasta inconveniente, procurar la solución del conflicto a través de la negociación, la conciliación o mediación. Apartando el asunto de cuestiones de orden público que por parecernos obvio no vamos a comentar, el asunto es complejo aun en el campo civil, porque si bien no es estrictamente necesario que ambas partes actúen de manera cooperativa y constructiva para alcanzar un acuerdo, ya que existen técnicas para encaminar la negociación cuando una de las partes no respeta las pautas básicas, el problema radica en que precisamente la parte que actúa de buena fe es la que probablemente no desee negociar con alguien que ha abusado o burlado su confianza. Adicionalmente, algunos podrían indicar, y con cierta razón, que negociar en estas circunstancias podría configurar una invitación a que otras personas actúen de la misma manera, pues el mensaje que recibirían sería el de que a pesar de su dolo o fraude serán compensadas con un proceso de negociación o mediación. Otro asunto que se suma a esta compleja problemática es que nuestras conclusiones se basan en nuestras percepciones, y a veces podemos estar equivocados. En otras palabras, podemos tener la convicción de que una determinada persona actuó con dolo o mala fe y, sin embargo, estar equivocados en nuestra percepción. La pregunta entonces sería ¿qué pasa cuando no existe la más mínima duda de que la otra parte es desleal, actúa de mala fe y con dolo?

Ante todo, debemos recordar que la negociación es un medio y no un fin en sí misma. Y como diría el propio prof. Roger Fisher, "hay intereses por los cuales vale la pena luchar e incluso morir"⁴⁹. Pero, por otro lado, negociar no significa ceder y a veces es conveniente negociar incluso con terroristas. Ciertamente el pago de un secuestro estimula su realización, pero el proceso de negociación que se realice durante el secuestro, o durante una situación de rehenes, podría convencer a los terroristas de que no se les pagará ningún rescate y a cambio se les garantiza el respeto de sus vidas e integridad física, acceso de los medios de comunicación, a la fiscalía, etc. Por tanto, el asunto no es si debe o no negociar, sino cómo⁵⁰.

Lo que en definitiva nos debe indicar si debemos o no negociar, es la alternativa que disponemos en caso de que no resulte o no se realice esa negociación, es decir, ¿de qué otra manera podemos satisfacer nuestros intereses? ¿qué pasará si no se logra el acuerdo?⁵¹. Así lo aclaran los profesores R. Fisher y W. Ury quienes advierten que más que el tipo de personas y la materia, lo que indica si debemos negociar es

⁴⁸ Cfr. Stitt Allan J., ob. cit., pp. 67-68.

⁴⁹ Cfr. Fisher Roger, Ury William, y Patton Bruce, *Sí... ¡de acuerdo!* *Cómo negociar sin ceder*, ob. cit., p. 189.

⁵⁰ Ídem, p. 187.

⁵¹ Mezgravis Andrés, ¿Cuándo se debe negociar?, *El Universal*, 06-03-04.

la alternativa que se tiene fuera de la negociación⁵². Se debe iniciar un proceso de negociación o mediación para determinar si se puede satisfacer mejor los intereses a través de un acuerdo, que ejecutando esa mejor alternativa que se tendría fuera de la negociación. Mientras menos atractiva sea la alternativa, más conveniente será explorar la negociación como vía para la solución del conflicto. Igualmente, mientras menos atractiva sea el acuerdo que ofrece quien haya actuado con dolo o fraude, pues más atractiva lucirá la vía judicial.

También hay situaciones en las que los métodos autocompositivos como la negociación o la mediación podrían resultar contraproducentes para una de las partes, al menos temporalmente, como podría ser el caso que comentamos al principio de este ensayo, del deudor que comienza a realizar una serie de actos con el fin de simular insolvencia y así frustrar cualquier intento futuro de cobro por parte de su acreedor. Es claro que en un caso como este, una expedita medida judicial de embargo es indispensable, sin perjuicio de que luego se continúe con el proceso de negociación.

3. Solución jurídica clara y sencilla o trata de procesos ejecutivos

Otro indicativo podría ser la sencillez de asunto y las ventajas que podrían ofrecer ciertos procedimientos judiciales. Así, el procedimiento judicial por intimación ofrece una serie de ventajas (medidas preventivas) cuando el acreedor fundamenta su demanda en instrumentos públicos o legalmente reconocidos, letras de cambio, pagarés, cheques⁵³. Igualmente ocurre con la ejecución de hipotecas. No obstante, recuérdese el caso precisamente de la letra de cambio y el acuerdo en el que el acreedor le pagó al deudor y se acordó la enajenación de una aeronave (*supra* No VI). Ningún proceso judicial hubiese sido tan efectivo.

Por otro lado, un sector de la doctrina ha sostenido que la ejecución de hipoteca –así como cualquier otro juicio ejecutivo– puede ser dilucidada en sede arbitral en lo que respecta al juicio de conocimiento que inaugure la oposición del intimado... Si en el juicio ejecutivo de hipoteca puede ser sustentada la oposición por el procedimiento ordinario, es viable el acuerdo previo del acreedor y deudor hipotecario para que un tribunal arbitral dilucide esa eventual oposición⁵⁴.

Por nuestra parte, consideramos que los inconvenientes prácticos y jurisprudenciales que se podrían presentar con la solución antes indicada, podrían ser fácilmente superados si se parte de otra idea: la ejecución del laudo, en lugar de la ejecución de la hipoteca. En nuestro criterio, si se aborda esta problemática desde una perspectiva más pragmática que teórica se podrían alcanzar mejores resultados. De allí que nuestra

52 Cfr. Fisher Roger, Ury William, y Patton Bruce, *Si... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, ob. cit., p. 113 y ss. Las siglas que utilizan estos autores para referirse a la mejor alternativa al acuerdo negociado es la MAAN, en español, y BATNA en inglés.

53 Art. 646 del CPC.

54 Cfr. Henríquez La Roche, Ricardo: *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Cámara de Comercio de Caracas, 2000, pp. 134-135.

propuesta está dirigida, no a perfeccionar el procedimiento de ejecución de hipoteca, sino a evitarlo a través de un acuerdo de arbitraje que regule la relación principal (contrato de préstamo p. ej.) y no propiamente la ejecución de la hipoteca.

Hemos sugerido que la demanda por el incumplimiento de la obligación garantizada por la hipoteca sea resuelta por arbitraje, por ejemplo, a través del procedimiento expedito previsto en el Reglamento del CEDCA (aproximadamente tres (3) meses). Entonces, el laudo arbitral dictado tendría fuerza de sentencia y como tal se ejecutaría (art. 523 CPQ). Es decir, se procedería al embargo ejecutivo del bien hipotecado y consecuentemente a su remate judicial.

Como puede observarse, aun cuando las materias y títulos ejecutivos podrían ser un claro indicativo de que en esos casos resulta conveniente utilizar la vía judicial, sin embargo, la lentitud que sufren actualmente todos los procesos judiciales, impiden que se tome automáticamente esa decisión y se reconsidere, aun en estas materias tradicionalmente reservadas a la vía judicial, el uso de los ADR.

4. Relación no deseada

En virtud de que en el litigio las posiciones se tienden a radicalizar, la falta de interés absoluto en construir o rescatar la relación, permite considerar más seriamente la vía judicial, pues cuando existe interés en preservar la relación, existe el temor, muy razonable por cierto, de dañar la relación si se ventila la controversia ante la vía judicial.

5. Inconfesables razones

Por absurdo que parezca, a veces los seres humanos, por distintos motivos, no quieren solucionar un determinado conflicto, sino mantenerlo. Ello puede responder a una estrategia deliberada en aras de un objetivo más importante, o porque simplemente utilizan el litigio como una forma ventajosa de financiamiento, especialmente en Venezuela, donde los litigios duran varios años.

Es por ello que recomendamos que en la generalidad de los contratos se estipulen acuerdos de arbitraje, los cuales, una vez surgida la controversia desestimulan esa posibilidad de financiamiento, pues el laudo se produciría en meses y el deudor adicionalmente tendría el riesgo de pagar en muy corto plazo todas las costas generadas por su conducta morosa.

ii) Arbitraje

1. Materias complejas o técnicas

Ya hemos indicado anteriormente que una de las grandes ventajas del arbitraje, es que permite que las propias partes escojan y designen al tercero o terceros que

resolverán la disputa. De allí que, si se trata de una materia técnica y muy compleja, las partes tendrán oportunidad de seleccionar a un tribunal arbitral experto en esos asuntos.

2. Celeridad

Los árbitros desde el momento que aceptan su cargo, se comprometen a dictar el laudo dentro de la oportunidad pactada. Esto es algo que pueden hacer los profesionales en el libre ejercicio de la profesión, pero no un juez que debe admitir y tramitar prácticamente todas las acciones judiciales que sean presentadas ante su tribunal⁵⁵. En nuestra experiencia, un arbitraje nacional o doméstico dura aproximadamente entre 6 meses a un año. Un arbitraje internacional entre un año y dos. Mientras que un litigio en Venezuela, dura entre 5 a 10 años.

Adicionalmente, hay procedimientos especiales de arbitraje como el previsto en el Reglamento del CEDCA (procedimiento expedito) que dura apenas 90 días.

3. Confidencialidad

De conformidad con el artículo 42 de la Ley de Arbitraje Venezolana, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral. Esto, como ya antes lo hemos destacado, configura una gran necesidad en muchas causas.

4. Buena fe en las posiciones

Aunque la buena fe de las partes en sus posiciones no es un requisito indispensable para que se pueda conducir con éxito un arbitraje, sí es en cambio la verdadera razón por la cual las partes que no han suscrito un acuerdo de arbitraje con anterioridad a la controversia, lo hagan. Si ambas partes han actuado de buena fe y confían en tener la razón, y por ende, ambas están interesadas en que un tercero neutral y experto en la materia resuelva cuanto antes la disputa, ¿por qué no habrían entonces de realizar un arbitraje? Ciertamente, estas son el tipo de disputas que por excelencia son sometidas a arbitraje. Cuando es así, reina en el proceso la cooperación, la cortesía, la lealtad y la probidad, en fin, el profesionalismo. En cambio, en los arbitrajes en los que una de las partes actúa de mala fe, la situación es un tanto distinta. El tribunal arbitral en todo momento debe velar por no brindarle a dicha parte una excusa con que intentar, al final del proceso, un recurso de nulidad. Asimismo, si ha surgido la controversia, y el deudor moroso, o que actúa de mala fe, nunca suscribió un acuerdo de arbitraje, pues tendrá ahora mayores razones para no hacerlo. Negociar un acuerdo de arbitraje antes de surgir la controversia, es mucho más fácil que hacerlo luego.

5. Interés en la relación

El arbitraje, si bien es cierto que es un proceso adversarial, no menos cierto es que se desarrolla en un clima mucho menos hostil que el judicial. El simple hecho de que sea confidencial, y que las partes estén en contacto directo y permanente con los árbitros, hace que ellas mismas moderen sus conductas y agresividad. Tradicionalmente se ha definido al arbitraje como un proceso amistoso de resolución de disputas. Quienes no pueden resolver la controversia a través de la negociación o la mediación, y están interesados en conservar la relación, les resulta aconsejable el arbitraje.

IX. CONSIDERACIONES FINALES: ELECCIÓN ENTRE ARBITRAJE NACIONAL Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

Tenemos la fuerte impresión de que muchas veces se escoge entre la realización de un arbitraje nacional (en Venezuela) o en el extranjero (internacional), en función de la cuantía del asunto. Este parámetro sugiere que los arbitrajes de grandes cuantías se desarrollen en el extranjero, y en cambio los de menores cuantías o cuantías moderadas, se desarrollen en Venezuela. Las razones de tal criterio, parecerían responder a cierta desconfianza que todavía existe hacia el arbitraje venezolano dado su escaso desarrollo.

La elección de la sede del arbitraje ciertamente tiene importantes implicaciones. En primer lugar, es conforme a la ley de la sede del arbitraje que se regulará el recurso de nulidad. Por tanto, es natural que la primera reacción de las partes sea la de seleccionar una sede cuya jurisdicción sea aliada del arbitraje y no su enemiga. En este sentido, debemos reconocer que la jurisprudencia de la vigente Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ha sido francamente nefasta⁵⁶. De allí que no resulte extraño, entonces, observar cómo en la mayoría de las negociaciones de contratos y proyectos de importantes cuantías que se ejecutarían en Venezuela, conforme a las leyes sustantivas de Venezuela, se pacte, casi que de manera automática e inobjetable, un acuerdo de arbitraje con sede en Nueva York, Miami, París o en cualquier otra ciudad fuera de Venezuela cuya legislación y jurisprudencia arbitral sean aliadas del arbitraje⁵⁷.

Bajo estos parámetros, ni siquiera un ahorro significativo en los costos del arbitraje, pareciera configurar una razón de peso para convencer a un inversionista de que esos arbitrajes se realicen en Venezuela. En consecuencia, casos que en principio deberían ser asignados a abogados venezolanos, terminan en los escritorios de abogados extranjeros, especialmente en las grandes firmas norteamericanas o europeas, que a pesar de su alto nivel de profesionalismo se encuentran con naturales limitaciones al interpretar las leyes sustantivas venezolanas.

56 Mezgravis Andrés: "La promoción de arbitraje: Un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia". *Rev. Derecho Constitucional* N° 5, Edit. Sherwood, Caracas Julio-Diciembre 2001, p. 131 y ss.

57 Esos arbitrajes se realizan generalmente conforme al reglamento de la CCI, de la Asociación Americana de Arbitraje (Triple A), o de la UNCTRAL.

Tenemos la percepción de que esta tendencia se acentúa y que en nuestro propio gremio ya existe cierta resignación. Sin embargo, en nuestra opinión sí existen razones significativas para justificar que algunos de esos arbitrajes se realicen en Venezuela. En primer lugar, resulta conveniente distinguir los casos en los cuales la contraparte de nuestro cliente tiene suficiente cantidad de bienes en el exterior para el caso de una eventual ejecución forzosa, de aquellos casos en que la contraparte tiene la totalidad o la gran mayoría de sus bienes en Venezuela. El hecho de que la mayoría de los bienes estén ubicados en Venezuela, le resta utilidad y conveniencia a la idea de escoger una ciudad extranjera como sede del arbitraje. En efecto, si bien es cierto que con la sede extranjera se elimina el riesgo de que un eventual recurso de nulidad contra el laudo arbitral sea conocido por los Tribunales venezolanos, no menos cierto es, que al estar ubicados los bienes en Venezuela la ejecución del laudo también tendría que realizarse necesariamente en este país. La diferencia es que si se dicta un laudo extranjero, es decir fuera de Venezuela, este laudo tiene que pasar a un Tribunal de Primera Instancia venezolano para un proceso de reconocimiento antes de que pueda ejecutarse forzosamente, proceso éste que fácilmente podría ser demorado por el ejecutado. Mientras que si el ejecutado se dispone a intentar un recurso de nulidad contra el laudo dictado en Venezuela, tendría que, entre otras cosas, afianzar para poder suspender la ejecución del laudo, sin contar que sólo tendría una lapso de 5 días para intentarlo⁵⁸.

Por otra parte, nos preguntamos ¿de qué vale un laudo definitivo que no se puede ejecutar por la insolvencia del deudor? No debe olvidarse que hay casos en los que una medida cautelar puede ser clave. Pactar como lugar del arbitraje un país cuya legislación atribuye la potestad cautelar exclusivamente a los Jueces⁵⁹ podría ser letal, especialmente en aquellos casos en que el deudor únicamente tiene bienes en Venezuela. En efecto, un laudo arbitral extranjero referido a una medida cautelar, independientemente del país en que haya sido dictado, podría ser ejecutado en nuestro territorio sin necesidad de exequátur, conforme a la Convención de Nueva York y la LAC. En cambio, si se trata de una sentencia judicial, es decir, si se trata de una medida cautelar dictada por un juez en el extranjero en conexión con un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela⁶⁰.

En resumen, si bien escoger Venezuela como sitio del arbitraje podría representar un inconveniente, por ejemplo, para un inversionista extranjero, porque el recurso de

58 El laudo dictado en Venezuela se ejecuta de la misma manera que se ejecutan las sentencias judiciales venezolanas, proceso éste que se traduce en una orden nacional de embargo ejecutivo de bienes del condenado y su eventual remate judicial. Para un análisis de los tratados internacionales ratificados por Venezuela en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros véase: Bonnemaison, José Luis; "Eficacia Extraterritorial de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales Dictados en el Extranjero", en *Temas de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Juan María Ramírez*, TSJ, Caracas, 2003.

59 Y hasta ahora, así efectivamente es en la generalidad de los países.
60 Un extenso análisis de las medidas cautelares arbitradas en Venezuela puede verse en Mezgravis Andrés; "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano", *Rev. Derecho y Sociedad de la Universidad Montevideo*, N° 4, homenaje al Profesor Dr. Aristides Rengel Romberg, Caracas 2004.

nulidad se interpondría ante los mismos tribunales venezolanos; no debe olvidarse que en algunos casos escoger una sede extranjera también podría generar graves inconvenientes. En nuestra opinión, es exagerado desviar toda la atención de esta problemática hacia el recurso de nulidad, olvidando que su interposición no suspende la ejecución del laudo nacional, mientras que el reconocimiento del laudo extranjero, que también correspondería a los tribunales venezolanos, configura un requisito indispensable para proceder a su ejecución. En fin, a pesar de que estamos plenamente conscientes del temor que genera en los inversionistas extranjeros el eventual recurso de nulidad ante las cortes venezolanas, y en ello nuestra jurisprudencia tiene una responsabilidad importante, no anular las consecuencias del rechazo del reconocimiento del laudo extranjero en Venezuela, es tener una visión parcial del problema, especialmente si es ahí donde el ejecutado tiene todos sus bienes. Por todo ello, se debe seleccionar con mucho cuidado la sede del arbitraje, ya que en los casos en que el posible ejecutado tenga todos sus bienes en Venezuela, escoger este mismo país como lugar del arbitraje parecería, en general, tener más ventajas que desventajas. El asunto de la neutralidad de los árbitros no tiene en realidad mayor trascendencia, pues, perfectamente el arbitraje puede realizarse en Venezuela conforme a cualquier reglamento internacional.

X. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, configura un grave error promover indiscriminadamente el litigio judicial para la resolución de todos los conflictos, como también lo sería promover indiscriminadamente los ADR para la resolución de toda clase de controversias. Ciertamente, a través de la negociación y la mediación, podrían solucionarse una gran cantidad de conflictos, muchos más de los que actualmente se piensa, pero aun así, también debemos estar conscientes de que hay disputas que, por sus características particulares, requieren ser resueltas a través de un mecanismo adversarial como el arbitraje o la vía judicial.

Es necesario un cambio de mentalidad y un cambio en la formación del abogado, para que se pueda comprender que la justicia estatal viene a ser lo que en el campo de la ciencia médica es la intervención quirúrgica: a veces es necesaria y hasta urgente, pero siempre debe representar el último recurso, la medida más extrema.

Ya lo dijimos, el abogado del siglo XXI enfrenta un nuevo reto. No basta con que los profesionales del derecho sepan litigar y sortear audazmente toda clase de incidencias y obstáculos procesales. Es indispensable que el abogado moderno tenga, adicionalmente, adiestramiento en ADR. Y aun así, su formación no sería completa si al final no está en capacidad de diagnosticar la verdadera naturaleza del conflicto que se le consulta, en capacidad de seleccionar, entre los distintos mecanismos, el más apropiado, y lo que es aún más importante, en capacidad de persuadir a su cliente respecto de que ese mecanismo, y no otro, es la elección más acertada.